



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. depusă de SA, cu sediul în localitatea, oraș, comuna, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, cu sediul procesual ales la punctul de lucru din, reprezentată legal prin și convențional prin avocat Horia Bora, privind procedura simplificată online pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: "MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN, JUDEȚUL", cod CPV 45233120-6, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință:

- în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la, în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată;
- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de acest demers.

Prin Încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea contestațiilor, pe care l-a respins, ca rămas fără obiect.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SA reclamă conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP prin anunțul de participare simplificat nr. , respectiv factori de evaluare, cerințe și condiții imprecise, disproporționate, restrictive sau care nu au legătură cu obiectul contractului, având în vedere următoarele aspecte:

A. Cu privire la prevederile fișei de date a achiziției:

i. Factorul de evaluare și cerințele minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare contravin prevederilor art. 187 alin. (3) și art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (3), (4) și (8) din HG nr. 395/2016.

În conformitate cu prevederile secțiunii II.2.5 din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este "cel mai bun raport calitate-preț", iar din cei 4 factori de evaluare, cel de-al doilea factor de evaluare "Experiența echipei de experți (cu o pondere de 25%)" este nelegal

Astfel, conform prevederilor fișei de date a achiziției, aplicarea acestui factor de evaluare este explicată după cum urmează:

„EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERȚI Componenta tehnică
EXPERIENTA ECHIPEI DE EXPERTI Componenta tehnică
25%

Punctaj maxim factor: 25

Algoritm de calcul: Algoritm de calcul: Se punctează cu maxim 5 pct. experiența deținută de fiecare expert-cheie: a) Șef echipă proiectare - inginer CFDP b) Inginer 1 proiectant CFDP c) Inginer 2 proiectant CFDP d) Inginer geodez e) Inginer topometrist Algoritm de calcul: Pentru fiecare expert-cheie se acordă maxim 5 puncte în funcție de experiența în numărul de proiecte în care au fost implicați și în care au derulat același tip de activități. Spre exemplu, pentru echipa de experți pot fi avuți în vedere următorii sub-factori: a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1\4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv; b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/2 din punctajul maxim alocat expertului respectiv; c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv. Suma punctajelor maxime alocate experților cheie trebuie să se încadreze în punctajul maxim alocat factorului de evaluare "Experiența echipei de experți" (25 %). Notă: Experiența în raport cu care vor fi alocate punctajele nu va constitui cerință minimă a caietului de sarcini. La nivelul strategiei de contractare se vor preciza care sunt cerințele minime aferente experților care constituie factori de evaluare. Pentru îndeplinirea cerinței, ofertanții vor prezenta: -

pentru Șef echipă proiectare - inginer CFDP și ingineri = recomandări, listă de semnături sau foi de capăt, diplomă inginer CFDP, CV - pentru Inginer geodez și Inginer topometrist = recomandări, foaie de capăt, diplomă de studii superioare pentru calificarea solicitată, CV”.

În conformitate cu dispozițiile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului poate fi prevăzută ca factor de evaluare doar în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului.

În același sens, art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016 dispune ca atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv, alegerea criteriilor de evaluare trebuia făcută strict prin prisma avantajelor pe care autoritatea contractantă le poate obține (ne referim aici la termene de garanție, durată de execuție, sistem calitativ implementat etc.).

De asemenea, dispozițiile art. 10 din Instrucțiunea 1/2017 prevăd că, în conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (6), se identifică două situații în care calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a/ale personalului-cheie, după caz, vor fi utilizate ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire preț-calitate/cost-calitate:

a) în cazul contractelor ce au ca obiect realizarea unor prestații intelectuale care presupun o complexitate ridicată, respectiv care include activități cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea și dezvoltarea soluției tehnice ce stă la baza implementării respectivelor contracte.

Exemple în acest sens sunt:

- contractele de servicii ce au ca obiect consultanță/ asistență tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare sau altele asemenea;

- contractele de lucrări ce includ, deopotrivă, proiectarea soluției tehnice și execuția lucrărilor aferente implementării acesteia;

- contractele de servicii ce au ca obiect dezvoltarea unor sisteme informatice etc.,

b) Situația contractelor prevăzute de art. 32 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și art. 38 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, respectiv contractele de servicii de natura/tipul celor de consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare și altele asemenea aferente unor proiecte/obiective de investiții de complexitate ridicată. Exemple în acest sens: realizarea

proiectului tehnic aferent execuției lucrărilor de construcție a unei autostrăzi; consultanță în vederea remodelării proceselor interne și elaborarea unei noi arhitecturi organizaționale în scopul eficientizării activității unei entități cu activitate complexă (cum ar fi, de exemplu, reglementare și monitorizare de piață într-un domeniu strategic; buget mare de investiții etc.).

(2) În sensul prezentului ordin, prin activități de complexitate ridicată se înțeleg servicii intelectuale care presupun:

- un grad ridicat de particularizare și adaptare a activităților la specificul obiectului contractului, respectiv la necesitățile autorității/entității contractante și/sau

- combinarea cunoștințelor și expertizei aferente mai multor domenii de activitate și/sau

- soluționarea unei/unor problem dificile aferente procesului de planificare/implementare a proiectului/contractului.

(3) În aplicarea alin. (1) lit. b), autoritatea/entitatea contractantă va utiliza, în cadrul criteriului de atribuire preț-calitate, factori de evaluare care se referă la experiența profesională a experților-cheie și la modul de organizare a activităților de care sunt răspunzători aceștia în procesul de implementare a contractului ce urmează a fi atribuit, ponderea alocată factorului preț fiind de cel mult 40%.

(4) Ponderea alocată factorului de evaluare care urmărește o planificare cât mai adecvată a activităților și a resurselor alocate implementării contractului ce urmează a fi atribuit se va stabili în corelație cu cea alocată factorului de evaluare aferent experienței profesionale a experților-cheie, în așa fel încât prin aplicarea criteriului de atribuire să nu se ajungă la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire, luându-se în considerare faptul că probabilitatea de a obține un rezultat de calitate, respective valoare adăugată în urma finalizării contractului, depinde într-o proporție importantă de modul de interacțiune dintre experții în cauză și de felul în care se reflect prin propunerea tehnică o planificare și gestionare adecvată a activităților de care sunt responsabili.

În speță, chiar dacă în obiectul contractului intră și prestarea de servicii de proiectare, acestea nu prezintă un "grad înalt de complexitate", astfel încât să justifice introducerea unui atare factor de evaluare.

Susținerea se bazează și pe faptul că prin fișa de date se solicită, în cadrul unei note (pag. 11, nota 5), că „La întocmirea listelor de cantități se va avea în vedere faptul că ofertanții sunt obligați să respecte prescripțiile DALI. Nu este nimic ilegal în aceasta mențiune, întrucât proiectul tehnic trebuie să respecte DALI”, dar având în vedere că Documentația de Avizare a Lucrărilor de Intervenție atașată documentației de atribuire are în colectivul de elaborare o singură persoană, consideram ca acest lucru spune totul despre "complexitatea ridicată" a obiectivului de investiții.

Distinct de aceste aspecte, în caietul de sarcini (pag. 5-6) aceeași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă, astfel:

„Cerințe minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare:

1. Șef echipă proiectare

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în specializarea CFDP

- Căi ferate, drumuri și poduri (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Șef echipă proiectare și/ sau Șef Proiect în contracte în cadrul cărora a coordonat activitatea de proiectare pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene si/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare si/sau drumuri județene cu doua benzi de circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare si/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale șefului echipei de proiectare în cadrul Contractului sunt:

a. să fie singura interfață cu Autoritatea Contractantă în ceea ce privește activitățile de proiectare;

b. să fie responsabil de gestionarea tehnică și operațională a activităților de proiectare, împreună cu aspectele organizaționale;

c. să contribuie cu experiența sa tehnică prin prezentarea de propuneri potrivite ori de câte ori este necesar pentru proiectarea corespunzătoare;

d. să gestioneze și să supravegheze toate activitățile specifice de proiectare;

e. să fie prezent în timpul tuturor activităților de analiză a progresului sau de stabilire a cerințelor;

f. să actualizeze toate documentațiile necesare;

g. să actualizeze calendarul de desfășurare a activităților;

h. să gestioneze implementarea planurilor de control al calității pentru toate lucrările de proiectare;

i. să fie responsabil de toate aspectele privind sănătatea și siguranța personalului din subordine;

j. să fie responsabil de aspectele de mediu specifice.

2. Inginer proiectant CFDP

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în specializarea CFDP

- Căi ferate, drumuri și poduri (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/proiectant CFDP în cadrul cărora a realizat activitatea de proiectare pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene si/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare si/sau drumuri județene cu doua benzi de

circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale expertului/specialistului CFDP în cadrul Contractului sunt: a) participa la elaborarea documentației tehnico-economice sunt îndrumarea șefului de proiect

3. Inginer geodez

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în domeniul geodeziei (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/inginer geodez în cadrul cărora a realizat activitatea de specialitate de inginer geodez pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu doua benzi de circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale inginerului geodez în cadrul Contractului sunt: a) participa la elaborarea documentației tehnico-economice sunt îndrumarea șefului de proiect prin efectuarea și/sau verificarea studiului geotehnic întocmit la etapa DALI cu situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnico-economice în vederea realizării acesteia în concordanta cu situația reală.

4. Inginer topometrist

a) Să fie absolvent de studii superioare cu diplomă de licență în domeniul cadastrului (sau un document echivalent).

b) Să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de expert/specialist/inginer topometrist în cadrul cărora a realizat activitatea de specialitate de inginer topometrist pentru drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu doua benzi de circulație și/sau drumuri de interes local - drumuri comunale și străzi, construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare autostrăzi. În vederea evaluării vor fi luate în considerare și Proiectele Tehnice elaborate în cadrul unor contracte de proiectare și execuție.

Principalele sarcini ale inginerului topometrist în cadrul Contractului sunt: a) participă la elaborarea documentației tehnico-economice sunt îndrumarea șefului de proiect prin efectuarea și/sau verificarea studiului topografic întocmit la etapa DALI cu situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnico-economice în vederea realizării acesteia în concordanta cu situația reală”.

Această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016, care prevede că autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența

personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

Mai mult decât atât însă, aspectele prevăzute în caietul de sarcini se contrazic cu prevederile care reglementează factorii de evaluare.

Astfel, la factorii de evaluare (pag. 2 din fișa de date) se menționează că se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat, dacă a fost implicat în 0-10 proiecte, cu alte cuvinte chiar dacă unul dintre experți nu are experiența (0 proiecte), se poate obține 1/4 din punctajul maxim, în timp ce la pag. 5-6 din caietul de sarcini se solicita pentru același personal participarea la minim 1 contract.

Din cele arătate mai sus, apare ca evident faptul că prevederile fișei de date nu sunt corelate cu obiectul real al contractului, și nici cu prevederile restului documentației de atribuire, impunându-se, ca măsură de remediere, anularea acestui factor de evaluare.

De asemenea cel de-al patrulea factor de evaluare - perioada de execuție a lucrărilor - cu o pondere de 5%, menționează:

*„Perioada de execuție a lucrărilor Componentă tehnică
5%*

Punctaj maxim factor: 5

Algoritm de calcul: Algoritm de calcul: Pentru oferta cu cea mai mică durată se acorda punctajul maxim alocat, respectiv 5 puncte. Durata se va exprima în luni calendaristice. Pentru celelalte oferte, punctajul se calculează cu formula: $P_n = (Durata\ minimă / Durata\ n) \times 5$ unde: P_n - punctajul pentru oferta n ; Durata n - durata ofertei n ; Durata minimă - cea mai mică durată de execuție dintre toate ofertele. Vor fi respinse ca neconforme ofertele a căror durată de execuție depășește perioada de 12 luni. Nu vor fi punctate suplimentar ofertele cu o durată de execuție mai mică de 9 luni calendaristice. Pentru oferta a cărei durată de execuție este egală cu durata maximă de execuție a lucrărilor acceptată de către entitatea contractantă nu se acordă punctaj. Durata de execuție propusă trebuie să fie corelată cu durata prezentată și justificată în propunerea tehnică respectiv în programul de execuție - Graficul Gantt. Notă: în perioada de execuție a lucrărilor nu intră perioada de prestare a serviciilor tehnice de proiectare”.

Referitor la perioada de execuție, trebuie arătat și faptul că la acest moment, obiectivul nu are finanțare, iar procedura se desfășoară sub condiția unei clauze suspensive:

„Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna Jurilovca în

calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Prin urmare, prin acest factor de evaluare, în condițiile în care lipsește finanțarea, iar autoritatea contractantă este dispusă să aștepte 12 luni încheierea unui contract de finanțare, impunând un punctaj "artificial" pentru o diferență de perioadă de execuție nesemnificativă (12-9= 3 luni) în comparație cu mențiunile clauzei suspensive (12 luni).

ii. Clauza suspensivă prevăzută la cap II.2.14 "Informații suplimentare" din fișa de date este nelegală

În fișa de date a achiziției s-a prevăzut următoarea clauză suspensivă:

„II. 2.14 Informații suplimentare Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna Jurilovca în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, la cap. II.2.13 "Informații despre fondurile Uniunii Europene" (pag. 3 din fișa de date) se menționează: „Achiziția de referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: Nu”.

Analizând aceste mențiuni, se constată că autoritatea contractant, la acest moment, nu are finanțare pentru obiectivul de investiții, deși art. 43 alin. 6) din Legea finanțelor publice (Legea nr. 500/2002) prevede: *„Ordonatorilor principali de credite li se interzice efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în oricare dintre următoarele situații:*

a) ...

b) Dacă obiectivul de investiții publice nu va putea fi inclus în programul de investiții publice în anul bugetar următor, în condițiile prevăzute la alin. 9)”, iar alin 9) menționează: „În programul de investiții publice vor fi introduce doar acele obiective/proiecte sau categorii de investiții noi a căror finanțare poate fi asigurată integral, conform documentațiilor tehnico economice aprobate, în limitele de cheltuieli stabilite potrivit cadrului de cheltuieli pe termen mediu și/sau strategiei fiscal-bugetare aprobate potrivit Legii 69/2010, cu excepția obiectivelor/proiectelor sau categoriilor de investiții a căror finanțare este asigurată din fonduri externe nerambursabile, precum și din fonduri externe rambursabile”.

În cazul de față, autoritatea contractantă menționează cât se poate de clar că nu este vorba despre fonduri externe.

Conform normelor metodologice, programele de investiții sunt acțiuni multianuale și la alin. 5 lit. b) pct. 1, din aceste norme se menționează: *„Angajarea cheltuielilor trebuie să se facă întotdeauna în limita disponibilului de credite bugetare și respectiv în limita disponibilului de credite de angajament pentru acțiuni multianuale. În scopul garantării acestei reguli, angajamentele legale, respectiv toate actele prin care statul sau unitățile administrativ-teritoriale contactează o datorie față de terții creditori, sunt precedate de angajamente bugetare, respectiv de rezervarea creditelor necesare plății angajamentelor legale”.*

Întrucât autoritatea contractantă a angajat cheltuieli în anul 2020 pentru DALI, expertiză tehnică și pentru plata unui expert cooptat, reiese cât se poate de clar că obiectivul de investiții *„MODERNIZARE DRUMURI LOCALE în, JUDEȚUL”* este cuprins în programul de investiții publice, iar în cazul de față, conform prevederilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral.

Astfel, inserarea unei atare clauze suspensive în fișa de date contravine dispozițiilor legale care impun autorităților să includă în programele de investiții doar acele proiecte pentru care se poate asigura finanțare.

În sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive, trebuie avute în vedere și prevederile Ghidului de bune practici publicat de ADR SV Oltenia., în care se subliniază următoarele:

„În concluzie, deși legislația în domeniul achizițiilor publice nu condiționează inițierea și derularea unei proceduri de atribuire de

asigurarea fondurilor necesare derulării contractului și nu interzice expres încheierea unui contract de achiziție publică cu clauză suspensivă (suspendarea execuției contractului) sau introducerea în cadrul documentației de atribuite a unei condiții suspensive (suspendarea încheierii contractului), suntem de opinie că prevederea nejustificată, pentru toate procedurile de atribuire, a unei astfel de clauze/condiții, poate fi considerată o încălcare a prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din HG. nr 395/2016 și/sau a prevederilor legislației privind finanțele publice”.

În conformitate cu art. 145 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, iar, o astfel de clauză suspensivă produce tocmai un astfel de efect.

De asemenea, în Circulara nr. 60508/07.08.2019, transmisă de Ministerul Fondurilor Europene către beneficiarii proiectelor, se arată că:

„Primul risc este cel menționat de către ANAP în notele aferente fișei de date, după cum urmează: "această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr.395/2016 stabilește obligația AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.

(...)

Din cele expuse mai sus, reiese faptul că autoritatea contractantă poate folosi condiția suspensivă pentru a câștiga timp în implementarea proiectului, dar trebuie să aleagă atent momentul lansării licitației, respectiv atunci când riscurile privind aprobarea finanțării, posibilele modificări tehnice sau chiar durata procedurii de aprobare a finanțării sunt limitate”.

În aceeași circulară se menționează: *„pentru a stabili și un orizont de timp rezonabil, este recomandat să fie stabilită o limită de timp, care să fie coerentă cu perioada de validitate a ofertelor”.*

În cazul de față, conform fișei de date, pentru clauza suspensivă se apreciază *„Comuna Jurilovca în calitate de Autoritate Contractanta precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni”, în timp ce perioada de valabilitate a ofertelor este de 4 luni”.*

În speță, din modalitatea de formulare a clauzei suspensive, coroborat cu incertitudinea sursei de finanțare a contractului, clauza apare ca fiind o veritabilă condiție pur potestativă, prin care autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment sub pretextul lipsei finanțării, fapt care contravine dispozițiilor legale pe care menționate mai sus.

iv) Din fișa de date, se constată că autoritatea contractantă are un expert cooptat, în persoana domnului , dar, din analiza datelor din SEAP, nu se poate prezenta modalitatea de achiziție a serviciilor prestate de acest expert, întrucât autoritatea contractantă nu a inițiat până la această dată vreo procedură de achiziție a unor astfel de servicii, suplimentar, se constată că același expert cooptat este menționat în alte 5 proceduri (anunțuri de participare: SCN1078550/10.11.2020, SCN1078552/10.11.2020, SCN1078606/11.11.2020, SCN1078555/10.11.2020 și SCN1078610/11.11.2020), tot în județul, din care una singură nu cuprinde clauza suspensivă (SCN1078552/10.11.2020).

Mai mult decât atât, în patru dintre proceduri (procedura ce face obiectul prezentei contestații și procedurile inițiate prin anunțurile SCN1078606/11.11.2020, SCN1078555/10.11.2020 și SCN1078610/11.11.2020, se constată că fișa de date conține aceeași eroare ce nu are nicio legătură cu procedurile în cauză, și anume se menționează "Comuna Jurilovca" drept autoritate contractantă (cu titlu de exemplu - în cuprinsul clauzei suspensive de la pct. II.2.14).

Astfel, se poate concluziona că oportunitatea organizării procedurii nu are legătură cu autoritățile contractante, ci cu expertul cooptat, care acum "a avut timp" pentru organizarea procedurilor. Toate cele 6 proceduri au ca termen de depunere a ofertelor data de 27.11.2020, iar acest termen este restrictiv pentru operatorii economici, care nu ar avea timp efectiv pentru depunerea a 6 oferte, în aceeași zi, la aceeași oră, chiar dacă au experiență și dispun de toate resursele necesare execuției contractelor.

v) Deși din toate documentele procedurii de achiziție, fișa de date, caiet de sarcini, DALI, expertiză tehnică, reiese cât se poate de clar că obiectul contractului (drumuri locale) se încadrează într-o clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C), fiind evident faptul că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus, iar cerințele, în ceea ce privește propunerea tehnică, sunt cât se poate de complexe.

Astfel, chiar dacă nici măcar nu se poate aproxima data la care vor începe lucrările (având în vedere clauza suspensivă), prin fișa de date (cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice) se solicită:

„- *Grafic Gantt*

- *Planul de lucru cu alocarea de resurse umane și materiale pe etape și subetape (iar printr-o notă a fișei de date se specifică "prin etapa sau subetapa de proiect se înțelege articol de deviz."*

- *Diagrama CPM*

- *Structura WBS*

- *Diagrama PERT la nivel de zi (ziua 1=1, ...ziua n=n)*

- *Curba "S"."*

Mai mult decât atât, se solicită: *„Ofertanții vor lua în considerare la întocmirea graficului Gantt toate fazele determinante precum și sărbătorile legale și condițiile de lucru pe timp friguros”*.

Astfel, în mod evident ofertanții nu pot respecta aceste solicitări și implicit autoritatea contractantă să analizeze ofertele, având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde nicio listă cu categorii de lucrări ce ar trebui oferite. De altfel, nici nu ar putea fi comparate două oferte ce prezintă categorii de lucrări și implicit articole diferite .

La fel de anevoioasă este și întocmirea Graficului Gantt, ținându-se seama de sărbătorile legale, în condițiile în care nu se știe un termen de începere a contractului.

În ceea ce privește Planul cu măsurile privind protecția mediului, se solicită: *„Situția mediului în urma derulării contractului de lucrări trebuie evaluată prin cel puțin două teste: unul înainte de începerea lucrărilor, care să ateste starea mediului inițială și altul la finalizare, care să ateste starea mediului finală și să permită compararea între cele două momente, teste ce vor fi realizate de către firme autorizate în acest scop”*.

Pe lângă faptul că nu se menționează despre ce autorizații este vorba, nu se înțelege rostul acestor teste, având în vedere că lucrările ce vor fi executate nu au un impact major asupra mediului, acest lucru fiind menționat expres chiar în DALI pus la dispoziție de autoritatea contractantă (pag. 43 DALI):

„Concluzii privind impactul asupra mediului

Obiectivul în sine nu afectează calitatea apelor, a aerului solului, subsolului Obiectivul este prevăzut să nu producă zgomot, vibrații și să nu afecteze așezările umane și alte obiective de interes public

Impactul în urma realizării investiției este unul pozitiv, având influențe favorabile asupra mediului prin reducerea poluăm fonice, a noxelor, reducerea consumului de combustibil creșterea siguranței traficului etc”.

În plus, atât pentru planul de mediu, planul de management al sănătății, cât și pentru planul de management al traficului, se solicită câte un angajament "de actualizare imediat după adjudecare", din care nu se înțelege ce ar putea actualiza un ofertant, într-un astfel de plan "imediat după adjudecare"?

De asemenea, în fișa de date (pag. 8) se solicită: *„Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistența tehnică din partea proiectantului, în care se întocmește proiectul tehnic actualizat, cartea tehnică, pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de buna execuție”*, și, având în vedere că durata contractului este cea oferită și poate fi maxim 13 luni – 1 lună proiectare și 12 luni execuție lucrări, nu se înțelege cum s-ar putea ca termenul total pentru perioada de asistență tehnică să acopere și perioada de garanție de bună execuție, adică min. 36 luni, asistența

tehnică făcând parte din obiectul contractului, astfel că perioada în care se ofertează aceasta trebuie să fie maxim durata contractului, adică 13 luni.

vi) Prin fișa de date (cap. IV.4.1., pct. II, lit. b) se solicită proceduri tehnice de execuție ale principalelor categorii de lucrări, nominalizându-se și categoriile de lucrări, care nu sunt prevăzute în DALI și anume: borne.

- Documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, fapt ce contravine dispozițiilor art. 83 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În cazul propunerii tehnice, prin fișa de date - Nota 3 (pag. 10 din fișa de date) se solicita: *„Toate elementele propunerii tehnice trebuie să fie corelate și să includă toate activitățile și lucrările descrise în documentația de atribuire, inclusiv DALI”, iar, în DALI nu există o listă cu categoriile de lucrări, mai mult decât atât la pag. 27 din DALI se menționează că:*

„Dacă prin așternerea straturilor asfaltice drumul se înaltă, se va acorda o atenție deosebită scurgerii apelor, adoptându-se soluții adecvate, astfel încât dispozitivele de scurgere să preia atât apele de suprafață, cât și apele din curțile învecinate drumului.

Dacă înălțarea drumului îngreunează fluiditatea scurgerii apelor, se va construi structură rutieră în cașetă, păstrându-se linia roșie actuală a drumului și facilitând astfel scurgerea apelor de pe proprietățile adiacente”.

De asemenea la pag. 35 din DALI se solicită:

„5.1 2 Descrierea, după caz și a altor categorii de lucrări incluse în soluția tehnică de intervenție propusă, respectiv hidroizolații, termoizolații, repararea/înlocuirea instalațiilor echipamentelor aferente construcției, demontări montări, debransări/bransări, finisaje la interior exterior, după caz. îmbunătățirea terenului de fundare, precum și lucrări strict necesare pentru asigurarea funcționalității construcției reabilite”.

Față de aceste precizări, în mod evident, ofertanții nu pot stabili în mod obiectiv care sunt soluțiile adecvate și care sunt categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate.

Conform art. 83 alin 3 din Legea nr. 98/2016, informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției și, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire.

În speță, documentația publicată nu cuprinde o listă cu lucrările ce ar trebui cotate de către potențialii ofertanți, fapt care împiedică, pe de o parte depunerea unei oferte în deplina cunoștință de cauză și, pe de altă parte, face dificilă, dacă nu imposibilă, evaluarea ofertelor, atât sub aspect tehnic, cât și sub aspect financiar.

• Prin fișa de date, cu privire la personalul calificat necesar, se solicită (pag. 9 din fișa de date): RTE, RCQ, șef șantier, responsabil SSM și/sau PSI, topometrist autorizat OCPI, în timp ce prin DALI, se prezintă următoarea configurație:

„- șef de șantier

- șefi punct lucru

- responsabil tehnic cu execuția

- responsabil AQ

- responsabil CQ

- topograf

- responsabil tehnic producție PM și PSI

- muncitori calificați șoferi, mecanici de utilaje

- muncitori necalificați

Total personal de execuție”.

B. Cu privire la caietul de sarcini:

Prin caietul de sarcini se dă posibilitatea ofertanților de a efectua o vizită pe amplasament, dar cu toate acestea, perioada în care se va efectua vizita este destul de restrictivă, în sensul că se menționează: *„vizita amplasamentului se va anunța cu 2 zile înainte autorității contractante ... Vizita amplasamentului poate fi efectuată cu până la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor”*, chiar dacă nu încalcă niciun normativ.

Tot prin caietul de sarcini se impun "cerințe minime" pentru experții cheie și anume *„să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de...”*, experți a căror experiență constituie factor de evaluare.

De asemenea, în caietul de sarcini sunt reluate cerințele din fișa de date cu privire la diagrame: Gantt, CPM, PERT, curba "S", etc, precum și niște note, ce sintetizează anumite cerințe, iar, cel puțin una dintre aceste note, și anume Nota 2 (pag. 11), poate fi oricând interpretată, putând constitui pe parcursul evaluării un avantaj, respectiv dezavantaj pentru unul sau altul dintre eventualii ofertanți:

„Orice ofertă care cuprinde informații sumare, incomplete sau neaplicabile la proiectul în cauza va fi declarată neconformă, informații sumare, incomplete sau neaplicabile sunt considerate informațiile cărora le lipsesc notele explicative și care au doar un caracter enunțativ și/sau enumerativ, fără referință la proiectul propus, dar în conformitate cu legislația în vigoare”.

C. Cu privire la clauzele contractului:

În virtutea prerogativele de putere publică ale administrației, care au la bază faptul că administrația încheie contractual în scopul de a satisface un interes general, administrația are posibilitatea de a impune clauze mai oneroase în contract, însă aceste clauze nu pot fi, *de plano*, nelegale, abuzive.

În consecință, chiar dacă este de esența contractelor de achiziție publică să presupună anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau

entitățile sale publice, solicitările autorității contractante nu pot depăși normele legale în vigoare.

În modelul de contract, dincolo de specificul riguros al contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă a inserat o serie de clauze vădit nelegale care se impun a fi eliminate.

Chiar dacă fișa de date cuprinde o clauză suspensivă, în care se menționează că autoritatea contractantă „*va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate*”, modelul de contract cuprinde, la art. 13.7, aceeași clauză suspensivă.

Prin adresa nr. , înregistrată la Consiliu cu nr. , ... SA a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. , emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de lei.

Prin adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , ... a transmis următorul punct de vedere cu privire la contestația depusă de SA:

A. Factorul de evaluare "experiența echipei de experți", căreia i s-a alocat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare, ca importanță în cadrul criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, este legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

Prin acest criteriu, deși se cere ca echipa de proiectare să fie compusă din minim 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeziei și topografiei, este în deplină concordanță cu prevederile instrucțiunii nr. 1/2017, emisă de ANAP (care are caracter de îndrumare pentru autoritățile contractante, nu de obligativitate în aplicarea ei), și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Punctajul alocat în cadrul prezentei proceduri este în concordanță cu cel indicat de ANAP în instrucțiunea nr. 1/2017, în care, prin exemplul dat în Anexa 1 a instrucțiunii, este prezentat factorul de evaluare experiența experților-cheie, căreia i se alocă un punctaj de 24 de puncte din totalul de 100.

Prin alegerea acestui factor de evaluare, în cadrul căreia s-a solicitat un număr de minim 5 experți cheie ce vor presta serviciile de elaborare a proiectului tehnic și vor asigura asistența tehnică din partea proiectatului, nu s-a urmărit decât ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poate fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție, sau în timpul execuției.

Astfel, există trei situații în funcție de care se va acorda punctajul expertului, respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/2 din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv”.

Autoritatea contractantă s-a asigurat de faptul că ofertanții ce vor participa în cadrul acestei proceduri, vor da dovadă de un real profesionalism și își vor alege asociatul proiectant care va putea fi în stare să elaboreze, încă de la început, un proiect coerent, adaptat situației din teren și în concordanță cu DALI-ul înaintat.

Mai mult decât atât, alegerea ca experți minim solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectanți CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist, este logică și în concordanță cu prevederile legale evidențiate de către contestator, respectiv art. 187 alin. (5) lit. b), unde se precizează că: „organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”.

Deci, alegerea acestor specialiști minim solicitați precum și numărul de peste 20 de proiecte similare în cadrul cărora au prestat servicii similare, justifică impactul semnificativ și calitativ pe care îl au aceștia în economia proiectului, pentru că un proiect elaborat bine de la început și de o echipă ce deține o experiență cât mai mare în domeniu, are șanse reale de a fi dus la îndeplinire într-un timp mai scurt și cu costuri suplimentare generate minime, justificând întregul criteriu de evaluare, "cel mai bun raport calitate-preț". Atât timp cât proiectul respectă întocmai realitatea și prescripțiile DALI-ului, fiind întocmit de o echipă profesionistă și care a dat dovadă, prin participarea într-un număr mare de proiecte similare duse la bun sfârșit, nu poate conduce decât la ideea că alegerea unui astfel de criteriu, este chiar definitorie pentru bunul mers al implementării, scopul final atât al beneficiarului, cât și al executantului fiind acela de a finaliza într-un termen cât mai scurt și în sumele alocate, lucru ce poate fi făcut doar pe baza unei documentații tehnico-economice corect întocmite, de o echipă profesionistă și care a mai luat parte în proiecte similare.

În situația în care contestatorul consideră că această lucrare nu prezintă un grad înalt de complexitate, autoritatea contractantă nu vede impedimentul care i-ar fi impus acestuia printr-un astfel de criteriu, pe care cu siguranța îl va putea îndeplini la nivelul sau maxim, pentru a beneficia de cele 25 de puncte acordate factorului de evaluare.

De asemenea pentru acești experți, prin caietul de sarcini, s-a solicitat, ca cerință minimă, un nivel de calificare și de prezență în cadrul unor contracte similare. Într-adevăr, dintr-o eroare de

tehoredactare, la nivelul fișei de date, la lit. a) în loc de „a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv”, s-a menționat „a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv”, aspect ce putea fi cu ușurință constatat de ofertanți care puteau solicita clarificări pe perioada depunerii ofertelor, aspect ce ar fi fost corect și remediat prin cadrul unei erate, astfel prevederea minimă din caietul de sarcini să fie în concordanță cu cea din factorul de evaluare din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă învederează că va adopta, în acest sens, în măsura în care se va impune, îndreptarea erorii materiale, după definitivarea procedurii de contestare.

Critica conform căreia „Această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin 4 din HG 395/2016 care prevede ca autoritatea contractanta nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract”, nu poate fi catalogată decât o neînțelegere a nivelului minim de calificare solicitat. Astfel prin caietul de sarcini s-a menționat faptul că pentru a putea fi considerați și luați în calcul în cadrul factorului de evaluare, experții indicați prin fișa de date, trebuie să îndeplinească niște cerințe minime de calificare și experiența similară, respectiv să dețină calificarea profesională fără de care nu își pot desfășura activitatea, și să fi participat în cadrul a minimum 1 contract similar în poziția pentru care a fost desemnat și deține calificarea și pentru prezenta procedură. Astfel că nu se poate considera că menționarea acestora este ca o dublă prevedere sau dublă cerință, mențiunile din caietul de sarcini venind în completarea și validarea celor din fișa de date a achiziției, pentru ca ofertanții să nu se afle în situația în care, deși prezintă experți, aceștia să nu poată fi luați în calcul în cadrul factorului de evaluare.

B. În privința criticii aduse asupra factorului al patrulea de evaluare, respectiv "perioada de execuție a lucrărilor", autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere, care nu se bazează pe niciun argument real, concret, apreciind că ofertantul se află în eroare, deoarece, nu există nicio legătură între durata de execuție pe care un ofertant o va declara, și faptul că, la momentul actual, obiectivul de investiție nu are în totalitate asigurată finanțare.

De asemenea, referirea la aspecte ce țin de domeniul ridicolului, cum ar fi afirmația acestuia conform căruia „oportunitatea organizării procedurii nu are legătură cu autoritățile contractante ci cu firma de consultanță, care a avut timp pentru organizarea procedurilor. Toate cele 6 proceduri au ca termen de depunere a ofertelor data de 27.11.2020, și în acest termen fiind restrictiv pentru operatorii

economici, care nu ar avea timp efectiv pentru depunerea în aceeași zi, la aceeași oră a 6 oferte, chiar dacă au experiență și dispun de toate resursele necesare execuției contractelor”.

De asemenea, serviciile expertului cooptat au fost accesate, în mod legal, prin intermediul SICAP, rolul acestuia fiind ulterior perioadei de depunere a ofertelor, în etapa de evaluare tehnică și financiară, prim emiterea de rapoarte ale expertului.

Indicarea clauzei suspensive aclamate, are rolul de a informa "potențialii ofertanți" despre faptul că la momentul publicării în SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, procedura având la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, în strategia de dezvoltare de la nivelul Companiei Național de Investiții, în cadrul subprogramului "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean". Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. De fapt, clauza suspensivă ca scop, are rolul de a accelera implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind unul ce ar fi trebuit să fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractante, care, la momentul semnării contractului de finanțare, va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată.

În susținere, contestatorul nu invocă altceva decât legislație neoficială, care nu interzice introducerea unei clauze suspensive, ci doar o recomandă. Referitor la afirmația *„în sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive...”*, termenul de nelegalitate nu are un fundament real, el bazându-se de fapt pe prevederi dintr-un ghid de bune practici al ADS SV Oltenia și pe o circulară a Ministerului Fondurilor Europene, document de asemenea nepublicat în monitorului oficial. Astfel, având în vedere că nu există o interdicție expresă dată de legislație, prin care o autoritate contractantă, care deja are prins în planul de achiziții și în buget o investiție, pentru care încă nu are finanțarea totală, dar a efectuat deja primii pași spre aceasta, fiind în linie dreaptă pentru semnarea contractului, să i se interzică să publice un anunț de participare privind obiectivul în discuție. Afirmațiile contestatorului nu pot fi luate în calcul, neavând la bază un suport.

Nu în ultimul rând, nici autoritatea contractantă, nici ofertantul care va fi declarat câștigător, nu vor semna, până la momentul semnării contractului de finanțare, contractul de proiectare și execuție aferent procedurii în cauză, clauza suspensivă având rolul de a

preveni orice litigiu ce ar putea interveni în situația în care finanțarea nu s-ar mai obține. Bună conduită de a efectua pașii pe care oricum ar fi trebuit urmați, respectiv licitația publică, înainte de a avea contractul de finanțare semnat, nu ar aduce atingere vreunui ofertant, aceștia asumându-și împreună cu autoritatea contractantă clauza suspensivă, acești pași urmând oricum a fi făcuți după semnarea contractului de finanțare, deci practic câștigându-se timp în implementarea unui proiect, care se traduce într-un câștig economic.

Aceste deficiente ar fi putut fi ușor remediate prin emiterea unor erate, în cazul în care ofertantul ar fi semnalat aceste aspecte prin intermediul solicitărilor de clarificări la documentație, introducerea unei contestații nefăcând altceva decât să prelungească perioada de evaluare.

C. Cu privire la cerința privind întocmirea graficului Gantt, contestatorul nu indică efectiv critica adusă modalității prin care această întocmire a fost solicitată, respectiv de ce nu ar putea elabora un astfel de grafic și anexele lui, rezumându-se doar la a asocia categoria de importanță a lucrării cu modalitatea de întocmire a graficului. Categoria de importanță a lucrării nu are nicio relevanță cu elaborarea unui grafic de execuție, care să se încadreze în durata prevăzută la nivelul DALI, și de complexitatea solicitată, ofertantul inventând doar motive de contestare.

D. Critica adusă unei cerințe din "Planul cu măsurile privind protecția mediului" este exagerată, aceasta putând cu ușurință a fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, nefiind imperios necesar a constitui motiv de contestare. Având în vedere situația delicată a mediului, se dorește ca, pe perioada execuției lucrărilor, constructorii să respecte întocmai cerințele impuse de autoritățile în domeniu, respectare ce se va putea observa cu ușurință prin testele de mediu ce ar putea fi realizate la începerea lucrărilor și la finalul acestora, prin care să se confirme de personal autorizat că aceste reglementări au fost respectate și nu au fost constatate abateri, iar dacă au fost să se constate măsurile de remediere.

E. Angajamente de actualizare a planului de mediu, management al sănătății și al traficului își au originea în clauza suspensivă a procedurii, deoarece, la momentul începerii efective a lucrărilor, situația din teren poate fi diferită față de cea asumată la momentul ofertării prin planurile prezentate, ofertanții trebuind, în cazul în care condițiile de mediu, sociale și de amplasament au suferit modificări, să își actualizeze propriile planuri de mediu, trafic și SSM asumate, cu noua situație, pentru a se respecta legislația și nivelul de calitate impus lucrării, nivel asumat la momentul ofertării.

F. Referitor la critica privind faptul că documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, în cadrul documentației de atribuire au fost prezentate atât piese scrise cât și piese desenate, piese ce cuprind în totalitate toate străzile supuse

modernizării, piese ce conțin descrierea categoriilor de lucrări ce vor fi cotate, piese ce se coroborează cu descrierea soluției tehnice de la nivelul DALI și al expertizei. Mai mult decât atât, ofertanților li s-a atașat în cadrul documentației un grafic de preț și un grafic de plăți, pe baza cărora ieși vor forma propunerea financiară, la acest moment neputând a se solicita întocmirea propunerii financiare pe baza unor liste de cantități predefinite, prin simplul fapt că la nivelul DALI se face o estimare tehnico-economică a lucrărilor ce urmează a fi executate, estimare ce are rol în stabilirea valorii estimate. În graficele menționate, ofertanților li s-a indicat expres fiecare categorie de lucrări ce urmează a fi efectuată, la nivelul fiecărei străzi, însă cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PTh. Astfel că, ofertanții ieși vor crea propriile liste de cantități, pe baza categoriilor de lucrări prezentate în graficul de preț și graficul de prețuri, formulare componente ale documentației de atribuire. La acest moment este excesiv a se solicita liste de cantități de lucrări pe care ofertanții să le respecte la nivelul PT și de care să fie ținuti prin asumarea lor în cadrul procedurii de atribuire. Aceștia vor fi ținuti să respecte strict încadrările valorice pe fiecare categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate la momentul elaborării PTh, încadrări pe care aceștia trebuie să le determine pe baza documentației scrise și desenate.

F. Prin criticile aduse caietului de sarcini, contestatorul acuză o cerință ca fiind restrictivă, dar care de fapt prin propriile cuvinte, nu încalcă nici un act normativ (nici chiar o circulară sau o adresă informativă). Astfel că, în mod corect s-a dat posibilitatea, nici măcar obligativitatea, ofertanților de a vizita amplasamentul, pentru a putea constata corect categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate. Faptul că s-a precizat că vizita trebuie anunțată cu 2 zile înainte, este un lucru benefic ambelor părți, pentru rezervarea timpului necesar onorării solicitării.

Neconcordanța referitoare la termenul de execuție este o eroare materială, ce cu ușurință se va remedia în cadrul unei erate.

G. În ceea ce privește prezentarea unor categorii de lucrări ce nu sunt prevăzute în DALI, și anume borne, la faza PTh, pot surveni modificări ale soluției DALI, în funcție de situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnice finale, la faza DALI aceasta documentație fiind conformă realității, dar pe parcursul timpului se poate modifica. Ori, prin prezentarea unor proceduri tehnice uzuale, bornele regăsindu-se ca element component în cadrul multor drumuri locale, naționale, județene etc, ofertanții vor învedera autorității contractanta că, în cazul în care se impune la momentul elaborării proiectului tehnic utilizarea acestora, vor fi capabili să îl și execute, asumându-și o procedură tehnică de execuție.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației parțial, pe fond, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, acesta fiind unul legal, urmând să

adopte măsurile de remediere necesare referitoare la erorile materiale constatate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că anularea procedurii nu este benefică, atât timp cât cele constatate pot fi remediate pe calea clarificărilor din oficiu și a eratelor, cu o prelungire a perioadei de depunere a ofertelor, în cazul în care se vor constata abateri de către Consiliu.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. , ... SA formulează „Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante”, precizând, pe lângă aspectele deja prezentate, următoarele:

A. În privința factorului de evaluare, nu am contestat "numărul ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare" (acesta a fost contestat de un alt operator economic, într-o altă procedură ce are același expert cooptat, procedură inițiată de COMUNA RIMNICELU). Prin contestație s-a încadrat factorul de evaluare privind "experiența echipei de experți" ca fiind nelegal, prin prisma dispozițiilor art. 187 alin. (5) lit. B) din Legea nr. 98/2016.

Susținerile autorității contractante din punctul de vedere, care apreciază că *„inginerul geodez elaborează studiul geo-tehnic pe baza căruia se poate valida sau nu în funcție de situația de la momentul întocmirii, soluția tehnică aleasă prin expertiza de la faza DALI”*, sunt invalidate de prevederile Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, art. 9, pct. 5 , Studiul geotehnic pentru Soluția de consolidare a infrastructurii se impune a fi prezentat la nivelul fazei de proiectare DALI.

În același act normativ se menționează faptul că soluția tehnică se stabilește la nivelul DALI, și mai mult decât atât, art. 7 alin. (6) menționează că *„în situația în care, după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, apar schimbări care determină modificarea în plus a valorilor maxime și/sau modificarea în minus a valorilor minime ale indicatorilor tehnico-economiei aprobați ori depășirea intervalelor prevăzute la alin. (5), sunt necesare refacerea corespunzătoare a documentației tehnico-economice aprobate și reluarea procedurii de aprobare a noilor indicatori, cu excepția situațiilor de actualizare a acestora prevăzute în Legea nr. 300/2002, cu modificările și completările ulterioare”*.

În punctul de vedere autoritatea motivează includerea factorului de evaluare contestat arătând că *„scopul final atât al beneficiarului cât și al executantului fiind acela de a finaliza într-un termen cât mai scurt și în sumele alocate, lucru ce poate fi făcut doar pe baza unei documentații tehnico-economice corect întocmite, de o echipă profesionistă care a mai luat parte în proiecte similare”*, or, documentația tehnico-economică este reprezentată de DALI și nu de

proiectul tehnic, care constituie documentația prin care proiectantul dezvolta, detaliază și, după caz, optimizează scenariul aprobat în cadrul DALI.

B. Cu privire la argumentele tendențioase ale autorității contractante, sau mai bine spus, ale expertului cooptat, contestatorul învederează că expertul cooptat a formulat și a depus același punct de vedere, în contestării distincție, pentru 6 autorități contractante distincte.

Deși atribuțiile unui expert cooptat ar trebui să fie altele, în realitate un expert cooptat întocmește documentații de atribuire și puncte de vedere în numele autorităților contractante și încearcă să ducă în eroare Consiliul susținând că rolul acestuia ar fi ulterior perioadei de depunere a ofertelor, în etapa de evaluare tehnică și financiară, prin emiterea de rapoarte.

Dacă rolul acestui expert este ulterior perioadei de depunere a ofertelor, cum explică autoritatea contractantă, similitudinea documentelor ce fac parte din cele 6 proceduri de atribuire (inclusiv a erorilor ex: Comuna Jurilovca) și implicit puncte de vedere formulate identic (aceleași fraze, același scris, aceeași aranjare în pagină) în cazul a 6 proceduri inițiate de autorități contractante diferite?

De asemenea experții cooptați, nu fac parte nici din comisia de evaluare și nici din organigrama autorității contractante, iar rolul lor este acela de a-și exprima punctul de vedere, pe baza expertizei pe care o dețin. În cazul de față, expertul cooptat poate "emite" cel mult rapoarte în domeniul juridic sau domeniul achiziției, conform expertizei deținute și în niciun caz nu poate aprecia din punct de vedere tehnic și financiar ofertele, întrucât nu deține această expertiză.

Pe de altă parte, aprecierile subiective exprimate în punctul de vedere cu privire la capacitatea SA de a întocmi oferte, denotă maniera în care autoritatea contractantă și expertul cooptat înțeleg drepturile de care trebuie să beneficieze potențiali ofertanți la procedurile de achiziție publică, inclusiv la dreptul de a contesta o documentație de atribuire lipsită de previzibilitate, care conține prevederile care încalcă prevederile normative în vigoare.

C. Considerații vizând clauza suspensivă și sursa de finanțare

Autoritatea contractantă apreciază că finanțarea nu este una ipotetică, întrucât obiectivul este pe lista sinteză de finanțare de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean.

Ordonanța nr. 25/26.07.2001, privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI SA, cuprinde, în anexa 3, Programul național de construcții de interes public sau social; subprogramul "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean", fiind menționat, la art. 2 alin. (1) lit. K) din această anexă.

Pentru aceste proceduri, art. 9 din același program menționează: „Compania Națională de Investiții "CNI.-SA derulează procedurile de *atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție*

de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”, context în care, se impune anularea procedurii întrucât, dacă obiectivul de investiții va avea finanțare, procedurile de achiziție vor fi derulate de CNI și nu prin autorități locale,

Susținere din punctul de vedere, că organizarea licitației publice înainte de a avea contractul de finanțare semnat nu ar aduce atingere nici operatorilor economici și nici autorității contractante, este neadevărată, întrucât organizarea unei proceduri de achiziție cu clauză suspensivă (cazul procedurii contestate) implică pagube, pe de o parte, în sarcina operatorilor economici, care angajează cheltuieli considerabile în procesul de elaborare și depunere a ofertelor, cât și în sarcina bugetului public al autorității contractante, care a angajat un expert cooptat pentru servicii de organizare achiziții.

În speță, din modalitatea de formulare a clauzei suspensive, coroborat cu incertitudinea sursei de finanțare a contractului, clauza apare ca fiind o veritabilă condiție pur potestativă, prin care autoritatea contractanta și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment, sub pretextul lipsei finanțării, fapt care contravine dispozițiilor legale menționate.

D. În privința Graficului Gantt, în punctul de vedere exprimat, autoritatea contractantă susține că nu ar fi înțeles critica formulată în contestație, respectiv de ce nu se poate elabora un astfel de grafic și anexele lui. Referitor la acest aspect, se reiterează aspectele prezentate în contestației.

E. Referitor la planul cu măsurile privind protecția mediului:

Autoritatea contractantă face referire la "situația delicată a mediului", deși din DALI prezentat nu reiese o astfel de "situație delicată".

În prima parte a punctului de vedere, autoritatea contractanta apreciază că această critica ar fi putut fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări, dar nici prin punctul de vedere nu clarifică de cine trebuie autorizate firmele care ar urma să întocmească cele doua situații privind mediul.

G. Privitor la vizita amplasamentului, este evident că atunci când s-a apreciat că termenul restricționează operatorii economici, nu s-a făcut referit la termenul în care trebuie notificată autoritatea contractanta, ci la restricționarea numărului de zile în care se poate vizita amplasamentul și anume: „cu pana la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor”.

Categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate, pentru care autoritatea contractantă oferă posibilitatea de vizitare a amplasamentului, nu se stabilesc prin vizita la teren ci se stabilesc și se avizează la nivelul DALI.

H. Cu privire la prezentarea unor proceduri tehnice pentru lucrări ce nu fac obiectul contractului, în documentația de atribuire se fac trimiteri clare către respectarea DALI.

Autoritatea contractantă (în fapt, expertul cooptat) nu răspunde, prin punctul de vedere, unor critici esențiale legate de alte cerințe ale fișei de date și anume:

- perioada în care se va acorda asistența tehnică, care conform cerințelor din fișa de date se solicită a fi mai mare decât durata contractului.

- nu face nicio apreciere cu privire la lipsa listelor cu cantitățile de lucrări ce urmează a fi cotate și cum vor fi comparate ofertele;

- nu face nicio referire la cerințele ce pot fi interpretate în favoarea sau defavoarea unuia sau altuia dintre ofertanți, cerințe incluse atât în fișa de date, cât și în caietul de sarcini și anume: „Orice ofertă care cuprinde informații sumare, incomplete sau neaplicabile la proiectul în cauză va fi declarată neconformă. Informații sumare, incomplete sau neaplicabile sunt considerate informațiile cărora le lipsesc notele explicative și care au doar un caracter enunțativ și/sau enumerativ, fără referință la proiectul propus, dar în conformitate cu legislația în vigoare”.

Pentru toate aceste considerente, ... SA solicită admiterea contestației, cu toate consecințele juridice ce decurg din acest aspect.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 55859/16.12.2020, ... SA formulează „Note scrise”, precizând, pe lângă aspectele deja prezentate, următoarele:

1. Dat fiind faptul că, în prezent, societatea are înregistrate pe rolul CNSC un număr de 9 contestații formulate împotriva unor documentații de atribuire ale unor proceduri inițiate de autorități contractante din județul, iar sub aspectul conținutului, documentațiile de atribuire contestate sunt cvasi identice, ... SA a decis să formuleze, în temeiul Legii nr. 544/2001, cereri adresate autorităților contractante, prin care a solicitat să-i fie furnizate următoarele informații:

- i. identitatea persoanei/persoanelor care asigura consultanță în domeniul achizițiilor publice în cadrul procedurii de atribuire;

- ii. calitatea în care aceste persoane participă la procedura de atribuire, respectiv dacă au fost cooptați ca experți cu atribuții în elaborarea documentației și/sau în evaluarea ofertelor;

- iii. atribuțiile concrete ale consultantului/consultanților/expertilor cooptați în desfășurarea procedurii de atribuire;

- iv. Să-i fie puse la dispoziție contractul/contractele încheiate cu consultantul (ii) /expertul(ii)cooptat(i).

Până în prezent, s-au primit răspunsuri de la următoarele autorități contractante: Comuna Racovițeni, Comuna Boldu, Comuna Calvinii, Comuna Amaru și Comuna Râmnicelu, care sunt formulate în termeni identici, în cadrul lor arătându-se următoarele:

- pentru procedurile de atribuire, autoritățile contractante au încheiat contracte de consultanță cu societatea ANGIC GENERAL FINSERV SRL, prin domnul Andrei Horia Tancaba;

- calitatea domnului Andrei Horia Tancaba este de expert cooptat cu atribuții în consilierea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire și în evaluarea ofertelor, conform certificărilor deținute de către acesta;

- conform contractului semnat, respectiv art. 4.1 alin. (2)-(4) societatea mai sus menționată a fost contractată pentru consultarea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire, verificarea documentelor de calificare, tehnice și financiare; propunerea solicitărilor de clarificări privind oferta/ofertele depuse dacă este cazul; servicii de consultanță privind transmiterea comunicărilor privind rezultatul etapelor de evaluare și a comunicărilor privind rezultatul procedurii; în cazul în care anumiți operatori economici vor transmite contestații la procedură, la cerere, expertul cooptat poate participa sau ajuta departamentul juridic din cadrul autorității contractante la întocmirea punctului de vedere pentru notificarea de contestație și a punctului de vedere în caz de formulare a contestației către CNSC.

Trecând peste faptul ca același expert cooptat este implicat în derularea fiecăreia dintre procedurile de atribuire contestate de subscrisa, atribuțiile expertului cooptat se extind de la elaborarea documentației, evaluarea ofertelor și chiar redactarea punctelor de vedere fata de eventualele contestații. Mai mult, cel mai probabil însăși adresele de răspuns la cererile de acces la informații au fost redactate de expertul cooptat, din moment ce acestea sunt identice pentru toate procedurile,

Chiar dacă participarea unei persoane, în calitate de expert cooptat în mai multe proceduri, nu este interzisă de lege, pentru situația particulară a procedurilor ce fac obiectul contestațiilor formulate de SA, conținutul documentațiilor de atribuire, respectiv prevederile nelegale din cuprinsul acestora (care în bună măsură sunt aceleași în cadrul fiecăreia dintre proceduri) se pot explica prin faptul că redactarea documentațiilor a fost realizată cu participarea aceluiași expert cooptat

2. O primă contestație formulată de SA împotriva unei astfel de documentații a fost deja soluționată prin decizia CNSC nr. , soluția fiind de admitere a contestației și de anulare a procedurii de atribuire.

Dintre criticile formulate, care se regăsesc și în prezenta contestație, CNSC s-a pronunțat asupra legalității condiției suspensive sub care a fost inițiată procedura de atribuire, statuând după cum urmează:

„Cât privește cererea contestatorului de eliminare, din anunțul de participare, a clauzei suspensive VI.3) Informatii suplimentare/Clauza suspensiva: Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile

referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică”, Consiliul constată temeinicia ei.

Consiliul reține că, în strategia de contractate, autoritatea contractantă a precizat: Sursa de finanțare: Fonduri ale bugetului local și/sau fonduri din bugetul de stat prin fondurile de investiții, fonduri externe nerambursabile și alte surse legal constituite.

De asemenea, în anunțul de participare se menționează, la secțiunea II.2.13) Informații despre fondurile Uniunii Europene: Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: Nu

Tip finanțare: Alte fonduri

În fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a adăugat: II.2.14 Informații suplimentare: Sursele de finanțare a investițiilor se constituie în conformitate cu legislația în vigoare și constau în fonduri proprii, credite bancare, fonduri de la bugetul de stat, bugetul local, credite externe, garantate sau contractate de stat, fonduri externe nerambursabile sau alte surse legale constituite.

Așadar, din documentația de atribuire, reiese clar faptul că nu a fost identificată nicio sursă de finanțare.

Conform prevederilor art. 101 din HG nr. 395/2016, inițierea procedurii simplificate poate avea loc dacă anunțul de participare cuprinde și sursa de finanțare:

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura simplificată în condițiile prevăzute la art. 7 alin. (2) din Lege. (...)

(3) Procedura simplificată se inițiază prin publicarea în SEAP a unui anunț de participare simplificat, însoțit de documentația de atribuire aferentă.

(4) Anunțul de participare simplificat conține următoarele informații: (...)

d) valoarea estimată;

e) cantitatea de produse care trebuie furnizată, dacă este cazul;

f) sursa de finanțare (...).

Deși în punctul de vedere la contestație achizitorul susține că a "întreprins demersuri" pentru obținerea fondurilor necesare, singurul document doveditor, în acest sens (transmis către CNSC în 09.12.2020), îl reprezintă o Solicitare privind includerea în Programul Național de Construcții de Interes Public sau Social, Subprogramul "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean", întocmită de autoritatea contractantă în 19.10.2020 și înregistrat la Compania Națională de Investiții- CNI SA în 08.12.2020.

Acest document nu poate fi considerat de către Consiliu o dovadă a identificării sursei de finanțare, întrucât, pe de o parte, nu

conține o certitudine a finanțării, iar, pe de altă parte, solicitarea a fost înregistrată la CNI SA ulterior inițierii procedurii de atribuire (în 08.12.2020).

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu are nicio certitudine că va avea vreo finanțare pentru acest proiect. Or, pentru a realiza un obiectiv de investiție, cum este cel supus atribuirii, trebuia să respecte prevederilor art. 45 alin. (1) din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale: Obiectivele de investiții și celelalte cheltuieli asimilate investițiilor se cuprind în programele de investiții anuale, anexe la buget, numai dacă, în prealabil, documentațiile tehnico-economice, respectiv notele de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor asimilate investițiilor, au fost elaborate și aprobate potrivit dispozițiilor legale.

(2) Ordonatorii principali de credite stabilesc prioritățile în repartizarea sumelor pe fiecare obiectiv înscris în programul de investiții, în limita fondurilor cuprinse în proiectul de buget cu această destinație, asigurând totodată realizarea obiectivelor de investiții în cadrul duratelor de execuție aprobate.

Astfel, în lipsa identificării sursei de finanțare, autoritatea contractantă nu poate iniția procedura de atribuire, respectiv nu are dreptul de a publica un anunț de participare.

Văzând că autoritatea contractantă nici nu a identificat sursa de finanțare, dar nici nu a stabilit corect necesitatea (cantitativ și valoric), în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va dispune anularea procedurii de atribuire, întrucât nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire”.

Raționamentul Consiliului din cuprinsul acestei decizii se poate aplica *mutatis mutandis* în prezenta speță.

3. Totodată, având în vedere susținerile autorității contractante din punctul de vedere, cu privire la includerea acestui obiectiv pe lista sinteza a CNI, Ordonanța nr. 25/26.07.2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI-SA cuprinde, în anexa 3, Programul național de construcții de interes public sau social; subprogramul "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean" fiind menționat la art. 2 alin. (1) lit. k din această anexă.

Pentru aceste proceduri, art. 9 al Anexei 3 din Ordonanța nr. 25/2001 menționează: „Compania Națională de Investiții "C.N.I."-SA derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”.

În acest context, se impune anularea procedurii, întrucât, chiar dacă obiectivul de investiții va avea finanțare, procedura de achiziție va fi derulată de CNI, nu prin autoritatea locală, edificatoare în acest sens fiind prevederile Ordonanței nr. 25/2001, și anume prevederile Anexei 3 - Programul național de construcții de interes public sau social și anume:

„Art 4. - (1) Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investiției, pe bază de protocol, libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza investiția prin Compania Națională de Investiții "C.N.I." - SA.

Art 7. - (1) Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 32. Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii.

Art 9. - Compania Națională de Investiții "C.N.I." - SA. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”.

Pentru toate aceste considerente, ... SA solicitam admiterea contestației.

Prin adresa nr.10.777/17.12.2020, autoritatea contractantă transmite dovada includerii achiziției publice pe lista sinteză de finanțare a Companiei Naționale de Investiții SA, în cadrul Subprogramului "Drumuri de interes local și județean", atașând adresa de înaintare nr. 6762/24.07.2020, înregistrată la sediul CNI în data de 24.07.2020, prin care proiectul "MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN, JUDEȚUL" a fost transmis spre companie, în vederea finanțării. Ulterior acestui demers, proiectul a fost inclus pe lista sinteză de finanțare, urmând a trece în etapa a II-a.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: "MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN, JUDEȚUL", cod CPV 45233120-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1078608/11.11.2020, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 27.11.2020.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, ... SA au formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. 2566/2020.

Prin Încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea contestațiilor, pe care l-a respins, ca rămas fără obiect.

În ceea ce privește fondul contestației, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită

contestația SA, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, ... SA critică conținutul documentației de atribuire, considerând că aceasta nu respectă prevederile legale.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „II.2.14 Informații suplimentare” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna Jurilovca în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 10395/24.11.2020 înregistrat la CNSC sub nr. 51927/24.11.2020, autoritatea contractantă a precizat că „(...) prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci, referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atât, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției

publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractate, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului (...). În cazul în care s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de încă alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă”.

Având în vedere aspectele anterior menționate, potrivit cărora sursa de finanțare a lucrărilor care ar urma să fie executate în cadrul prezentei proceduri de atribuire ar fi Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean derulat de către Compania Națională de Investiții (prescurtat CNI), Consiliul va reține că, potrivit art. 1 din Ordonanța nr. 25/2001, Compania Națională de Investiții S.A. este o societate comercială pe acțiuni, sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

Potrivit art. 5 din Statutul Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. publicat în anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, scopul CNI este realizarea de construcții de interes public, pe terenuri proprietate publică sau privată a statului ori a autorităților publice locale, precum și pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

Modalitatea în care își desfășoară activitatea Compania Națională de Investiții în vederea atingerii scopului anterior reprodus este stabilită la art. 6 „obiectul de activitate” din anexa nr. 2 la Ordonanța nr. 25/2001, relevante în soluționarea contestației care face obiectul prezentei fiind prevederile art. 6 alin. (2)-(5), respectiv:

„(2) Construcțiile se realizează pe terenuri proprietate publică sau privată a statului, a autorităților publice locale sau pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

(3) Realizarea de construcții se face de CNI, respectând procedura de achiziții publice, în condițiile legii.

(4) Recepția lucrărilor se face de personalul CNI împreună cu beneficiarul.

(5) Predarea obiectivului de investiții realizat se face prin protocol către beneficiarul investiției sau prin protocol cu titlu gratuit către administrația publică locală”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că obligația respectării legislației din domeniul achizițiilor publice în cazul realizării construcțiilor/ investițiilor prin CNI aparține Companiei Naționale de Investiții SA, aceasta fiind obligată potrivit prevederilor legale

anterior menționate să deruleze procedurile de atribuire în vederea încheierii contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări.

În ceea ce privește sintagma *„Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”* menționată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, Consiliul reține următoarele aspecte:

- potrivit art. 5 alin. (1) din Ordonanța nr. 25/2001, *„CNI realizează programe de investiții în cadrul «Programului național de construcții de interes public sau social», prevăzut în **anexa nr. 3**, care face parte integrantă din prezenta ordonanță, precum și programe proprii de investiții”*.

- programului național de construcții de interes public sau social este descris la art. 1 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 astfel *„Programul național de construcții de interes public sau social, denumit în continuare program, se realizează de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., societate pe acțiuni aflată sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, potrivit obiectului său de activitate și cu atribuțiile stabilite conform prevederilor legale în vigoare. Realizarea obiectivelor de investiții de natura celor care se execută în cadrul Programului național de construcții de interes public sau social este facultativă”*;

- la art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 anterior menționată se regăsește o defalcare a Programul național de construcții de interes public sau social în subprograme;

- prin OUG nr. 95/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 25/2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. a fost introdus la lit. k) din art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 un nou subprogram intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*.

Modalitatea de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, implicit, a subprogramului intitulat *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*, indicat de către autoritatea contractantă drept dovadă a finanțării prezentei proceduri de atribuire, se regăsește sub formă de rezumat în cadrul art. 4 alin. (1) din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, potrivit căruia *„Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investiției, pe bază de protocol, libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza investiția prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A.”*.

Drepturile și obligațiile fiecăreia dintre părți (beneficiar, CNI, minister) sunt detaliate în cadrul capitolului II *„Promovarea investițiilor”* și a capitolului III *„Derularea finanțării și realizării investițiilor”* din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, care prevăd următoarele aspecte:

- art. 5: *„La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI”, - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 3¹, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare”;*
- art. 6: *„Obiectivele de investiții prevăzute la art. 5 sunt preluate și cuprinse în lista de investiții a Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, conform legislației în vigoare”;*
- art. 7 alin. (1): *„Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 3². Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii”;*
- art. 9: *„Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”;*
- art. 11 alin. (1): *„Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. asigură urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, recepția la terminarea lucrărilor, conform graficului anexă la contractul de execuție de lucrări, și punerea în funcțiune a obiectivelor de investiții și participă împreună cu reprezentanții beneficiarilor la recepția finală la expirarea perioadei de garanție”;*
- art. 12: *„După efectuarea recepției, la terminarea lucrărilor, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, va preda cu titlu gratuit beneficiarului, pe bază de protocol, conform modelului din anexa nr. 3³, amplasamentul împreună cu obiectivul de investiții realizat, cu respectarea prevederilor legale în vigoare”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că rolul PRIMĂRIEI COMUNEI în implementarea investiției prin subprogramul *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”* nu include activitatea de derulare a procedurilor de achiziție publică deoarece potrivit art. 9 anterior citat, această activitate este atributul exclusiv al CNI.

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, în eventualitatea obținerea calității de beneficiar al subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, PRIMĂRIA are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca înapoierea acestuia să se facă de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, ignorând în totalitate etapele de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, în special, prevederile art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 care pun exclusiv în sarcina Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA activitatea de derulare a procedurilor de atribuire, PRIMĂRIA COMUNEI a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție și fără ca această procedură să fie necesară în vederea executării prin CNI.

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către PRIMĂRIA COMUNEI cu un operator economic în urma finalizării procedurii de atribuire nu poate face obiectul finanțării prin Programul național de construcții de interes public sau social definit în Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin Programul național de construcții de interes public sau social este legată indisolubil de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Naționale de Investiții SA dobândită prin exercitarea de către aceasta din urmă a atribuțiilor în calitate de autoritate contractantă conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 anterior citate.

Contrar opiniei autorității contractante, Consiliul reține că prevederile legale anterior menționate nu conferă Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA calitatea de instituție financiară finanțatoare a contractelor atribuite de către autoritățile administrației publice locale deoarece rolul/ scopul CNI precizat la art. 5 din statut constă în realizarea de construcții de interes public pe terenurile puse la dispoziție de respectivele autorități, ceea ce implică derularea în cadrul CNI a tuturor activităților necesare executării investiției inclusiv organizarea procedurilor de atribuire.

Prin urmare, procedura organizată de PRIMĂRIA COMUNEI este lipsită de orice relevanță în ceea ce privește finanțarea contractului de lucrări prin Programul național de construcții de interes public sau social deoarece calitatea de autoritate contractantă a PRIMĂRIEI COMUNEI este incompatibilă cu atribuțiile și etapele de

derulare a investiției de către Compania Națională de Investiții SA, prevăzute la cap. II și III din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Faptul că PRIMĂRIA COMUNEI se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere) nu constituie în sine dovadă a existenței finanțării deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea prin ordin de ministru în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către în anexa corespondenței nr.10.777/17.12.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 56214/18.12.2020 poate fi considerată cel mult dovadă de înregistrare a solicitării.

Acest aspect rezultă și din bugetul menționat pe pagina internet din captura de ecran prezentată de autoritatea contractantă PRIMĂRIA, în care se menționează în dreptul proiectului „buget 0,00 lei”.

În ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurilor de atribuire cu clauză suspensivă, Consiliul reține că aceasta este reglementată la art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020 cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, dintre care sunt relevante în soluționarea prezentei următoarele:

- procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene;
- există contract de finanțare semnat cu autoritatea de management;
- contractul de finanțare semnat cu autoritatea de management conține clauză rezolutorie de a cărei îndeplinire depinde finanțarea proiectului;
- clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire condiționează semnarea contractului rezultat din procedura de atribuire de îndeplinirea clauzei rezutorie.

Având în vedere că în speța dedusă soluționării nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile anterior menționate, prevăzute în OUG nr. 40/2015 Consiliul reține că PRIMĂRIA COMUNEI nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput PRIMĂRIA COMUNEI prezenta procedură de atribuire, condiționând încheierea contractului de obținerea finanțării necesare și deci de includerea în bugetul autorității contractante a creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, nu este conformă cu prevederile

Directivei 2014/24/UE și nici cu prevederile legislației privind finanțele publice.

Procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia *„autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

De la această regulă, prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016 instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se situația neîndeplinirii condiției suspensivă.

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire *„(..) dacă este imposibilă încheierea contractului”* trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Contractul de achiziție publică este prin definiție un contract cu titlu oneros, prin care autoritatea contractantă își asumă obligația de

a plăti prețul pentru bunurile, lucrările sau serviciile pe care le dobândește prin contractul respectiv, existența și disponibilitatea fondurilor necesare pentru plata prețului reprezintă un element esențial al contractului. În conformitate cu prevederile în materia finanțelor publice, contractul, care este un angajament legal în termenii art. 4 alin. (4) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare (respectiv, pentru bugetele locale, art. 4 alin. (4), art. 42, art. 14 alin. (4) din Legea nr. 278/2006 privind finanțele publice locale, cu modificările și completările ulterioare) nu poate fi încheiat în absența creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, incluse în bugetul autorității contractante.

Prevederile legislației din domeniul finanțelor publice care condiționează încheierea contractelor, ca angajamente legale, de existența fondurilor disponibile, deci a creditelor de angajament și a creditelor bugetare incluse în bugetul entității publice care își asumă obligația de plată (i.e. autoritatea contractantă), sunt o reflectare a art. 138 alin. (5) din Constituția României, potrivit căruia *„Nicio cheltuială bugetară nu poate fi aprobată fără stabilirea sursei de finanțare”*.

Potrivit prevederilor legale, finalitatea procedurii de atribuire constă în încheierea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă neavând dreptul să folosească în mod impropriu procedurile de atribuire doar în scopul consultării pieței, deoarece demersurile efectuate de către operatorii economici în vederea depunerii ofertelor implică costuri pe care aceștia se așteaptă să le recupereze din derularea contractului pe care autoritatea contractantă are obligația conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

Prin urmare, în situația în care dorea doar o simplă consultare a pieței, fără să-și asume obligația încheierii unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă avea posibilitatea să aplice prevederile art. 139 – 140 din Legea nr. 98/2016 și nu să utilizeze în mod impropriu procedura de atribuire, lipsind operatorii economici interesați de finalitatea așteptată, respectiv de contractul de achiziție publică.

În cauză, PRIMĂRIA COMUNEI nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a lipsei sursei de finanțare, pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

Prin urmare, Consiliul constată că modalitatea nelegală în care a fost organizată prezenta procedură de atribuire este rezultatul confuziei autorității contractante PRIMĂRIA COMUNEI cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA, aceasta neavând, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru executarea contractului de

achiziție publică, criticile contestatorului privind lipsa sursei de finanțare și clauza suspensivă urmând a fi admise.

Având în vedere faptul că, prin lipsa sursei de finanțare a contractului nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul apreciază că se impune anularea procedurii de atribuire, astfel că celelalte critici sesizate de către contestator cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire nu vor mai fi analizate.

Având în vedere admiterea contestației formulate de SA, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SA, în cuantum de 2.476,13 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, conform facturii fiscale seria AHB nr. 875 din data 02.12.2020 emisă de – Cabinet de avocat, achitate prin ordinul de plată cu număr de referință .

În consecință, pentru considerentele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin.(7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu și dispune anularea procedurii de atribuire.

În temeiul art. 26 alin.(9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către contestator, în cuantum de 2.476,13 lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....

.....

.....

